Rechte des Schenkers, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt, nach römischem Recht und dem Rechte des B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung

der juristischen Doktorwürde

der Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Albert Pantenburg

Gerichtsreferendar

aus Hillesheim.

Hillesheim.
Buchdruckerei von Wilh. Rosenkranz jr.
1901.

Rechte des Schenkers, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt, nach römischem Recht und dem Rechte des B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung

der juristischen Doktorwürde

der Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Albert Pantenburg

Gerichtsreferendar

aus Hillesheim.

ACAD
LUGD BAT
BIBL

Hillesheim.
Buchdruckerei von Wilh. Rosenkranz jr.
1901.

Literatur.

Archiv für die civilistische Praxis, Band 61.

Arndts, Lehrburch der Pandekten, 4. Auflage, München 1861.

Baron, Pandekten 9. Auflage, Leipzig 1896.

Barre, Bürgerliches Gesetzbuch und Code civil, Berlin 1897.

Benner, Über die donatio sub modo nach gemeinem Recht, Halle 1888.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grund lage des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Band 1, II. Auflage, Jena 1899.

Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht, Freiburg i. B. 1897.

Dernburg, Pandekten 1 und 2. 6. Auflage, Berlin 1900.

Donellus, Commentarii de iure civili, Norimbergae 1825.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. und 4. Auflage, Band I., Berlin 1898.

Erxleben, Die Rückforderung erfolgloser Leistungen, Göttingen 1853.

Fischer-Henle, Handausgabe zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1897.

Förtsch, Vergleichende Darstellung des Code civil und des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1897.

Gerber-Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Band I, Heft 1, Jena 1856; Band IV. Jena 1861.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, 4. Theiles 1. Abtheilung, Erlangen 1796.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, Band III., 2 Auflage, Leipzig 1858.

Huschke, Unterholzner's quellenmässige Zusammenstelluug der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung, Band 2, Leipzig 1840.

Jahrbücher des gemeinen deutschen Rechts, Band VI., Leipzig 1863.

Lammfromm, Theilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag, Leipzig 1897.

Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse, Breslau 1898.

Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkuugen nach römischem Recht, Band 1, Marburg 1835.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Band II. Berlin und Leipzig 1888.
Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Theil, Halle 1836.
Müller und Meikel, Das Bürgerliche Recht in seiner neuen Gestaltung, Band 1, München 1899.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
Pernice-Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Band III., 1. Abtheilung, Halle 1892.
Philler, Vorlesungen über das Bürgerliche Gesetzbuch, Leipzig 1899.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 2. Auflage, Lieferung 4., Berlin 1898.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band II, Berlin 1898.
Regelsberger, Pandekten, Band I, Leipzig 1893
v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Band 4, Berlin 1841.
v. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Erlangen 1871.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1897.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Band 5, München 1852, Band 44, München 1889.
Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, Band I, Leipzig 1844.
Sohm, Institutionen des römischen Rechts, 2. Auflage, Leipzig 1886.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten Band 1, 1. Abtheilung, 6. Auflage, Marburg 1851.
Voigt, Über die Conditiones ob causam und über Causa und Titulus im Allgemeinen, Leipzig 1862.
v. Wächter, Doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis. 1822.
v. Wächter, Pandekten Band I, II, Leipzig 1880, 81.
Wendt, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften, Heft 1, Erlangen.
Windscheid, Die Actio des Römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856.
Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I und II, 7. Auflage, Frankfurt a. M. 1891.
Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, Halle 1859.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Theil, Leipzig 1900.

Disposition.

§ 1. Einleituug: Erläuterung des Themas.
Ausführung:

A. Das Römische Recht.

I. Der Erfüllungsanspruch.

§ 2. 1. actio ex stipulatu.

§ 3. 2. actio praescriptis verbis.

II. Der Rückforderungsanspruch.

§ 4. 1. actio fiduciae.

§ 5. 2. condictio causa data causa non secuta.

§ 6. 3. condictio ex lege (Undank).

§ 7. 4. rei vindicatio utilis.

B. Das Recht des B. G. B.

§ 8. I. Der Erfüllungsanspruch.

§ 9. II. Der Rückforderungsanspruch.

§ 10. Anhang. Rechte des Schenkers bei Nichterfüllung der Auflage im Falle eines giltigen Schenkungsversprechens.

1. nach römischem Recht.
2. nach dem Rechte des B. G. B.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0159

§ 1.

Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat bei der Schenkung unter Auflage den Begriff der Auflage gesetzlich nicht bestimmt [1]). Der Gesetzgeber hat davon abgesehn, weil, wie die Motive [2]) bemerken, die gewählte Bezeichnung Auflage im Sinne von Modus in der neueren Rechtssprache dergestalt eingebürgert ist, dass sowohl ihre Aufnahme als das Absehn von jeder Art von Definition keinem Bedenken unterliegt.

In Folge dessen ist der gemeinrechtliche Begriff zu Grunde zu legen. Die gemeinrechtliche Wissenschaft hat ihn auf Grundlage des römischen Rechts entwickelt als die Verwendungsbestimmung, die Zwecksbestimmung, die einer Schenkung oder letztwilligen Zuwendung hinzugefügt ist [3]).

Wenn ein Anspruch auf Erfüllung besteht und die Erfüllung unterbleibt, so ist es das zunächst Liegende, dass der Berechtigte auf Erfüllung klagt. Nicht immer jedoch wird dem Berechtigten bei Nichterfüllung die Klage auf Erfüllung von Wichtigkeit sein, sei es, dass dieselbe für ihn keinen Werth mehr hat, oder aus einem andern Grunde z. B. wegen Unmöglichkeit für ihn hinfällig geworden ist. In diesem Falle tritt billigerweise an die Stelle des Erfüllungsanspruchs ein Rückforderungs-

---

[1]) Anders im Erbrecht. § 1940 definiert den Begriff der Auflage folgendermassen: Der Erblasser kann durch Testament den Erben oder einen Vermächtnissnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem andern ein Recht auf die Leistung zuzuwenden.

[2]) Motive II S. 299.

[3]) Sohm S. 123; Savigny III. S. 230; Dernburg I. § 115; Baron S. 115.

anspruch, wenn die Verpflichtung durch die Hingabe einer Sache entstanden ist.

In Bezug auf diese beiden Gesichtspunkte decken sich sowohl im römischen, als auch im neuen bürgerlichen Rechte, die Ansprüche, welche dem Schenker für den Fall des Unterbleibens der Auflage zustehn.

Diese beiden Ansprüche sind jedoch nach Voraussetzung und Inhalt in diesen beiden Rechtsperioden wesentlich von einander verschieden, sodass es sich empfiehlt, die Arbeit in eine Untersuchung hinsichtlich des römischen Rechts und des Rechts des B. G. B. zu zerlegen.

A. Das römische Recht.

I. Der Erfüllungsanspruch.

§ 2.

In der ältesten römischen Zeit, der Zeit des starren Civilrechts und des Formalismus, „als mit voller Consequenz festgehalten wurde, dass aus einem formlosen Vertrage eine Obligation nicht entspringe“ [1]), hatte der Schenker bei Nichterfüllung der Auflage seitens des Beschenkten keine Klage auf Erfüllung. Um daher den Erfüllungsanspruch trotzdem zu verwirklichen, liess er sich beim Abschluss des Schenkungsvertrages vom Beschenkten die Erfüllung der Auflage stipulationsweise versprechen [2]). Dadurch hatte er ein festes Klagefundament in Händen, die actio ex stipulatu, mit welcher er die Erfüllung der Auflage erzwingen konnte [3]).

---

[1]) Erxleben S. 290; Benner S. 22.

[2]) Es lagen in diesem Falle zwei durchaus selbstständige Rechtsgeschäfte vor, eine donatio pura und eine stipulatio, deren jedes juristisch unabhängig von dem andern stand. Vergl. Voigt S. 712 vor No. 645; Pernice S. 94.

[3]) Lammfromm S. 102; Pernice S. 88; Meyerfeld S. 414; Savigny IV. S. 281.

l. 9 C. de donat. 8,53.

Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu..... debes agere, ut hanc impleri provideat.

§ 3.

Auf dieses Mittel blieb der Schenker jedoch mit der fortschreitenden Entwicklung des römischen Rechts nicht beschränkt. Freiere Anschauungen hatten sich unter dem mächtigen Einflusse des Prätors auf die Fortbildung des Rechts Bahn gebrochen. Immer mehr suchte man die lästigen und unbequemen Fesseln des Formenzwanges abzustreifen und unter Wahrung der Absichten der Parteien auch formlosen Abreden rechtliche Wirkung zu verschaffen. Es bildete sich der Grundsatz heraus, „dass ein formlos geleistetes, obligatorisches Versprechen, wenn auch nicht allgemein, so doch wenigstens dann Klagbarkeit erlange, wenn es mit unmittelbarem Bezug auf eine zuvor empfangene Leistung erteilt werde“ [1].

Auf diesem Grundsatz beruhte die von Diocletian und Maximian gewährte actio praescriptis verbis zur Erfüllung des Modus:

l. 22 C. de donat. 8,53.

Cum res filio emancipato ea conditione, ut creditoribus tuis solveret, te donasse proponas, si stipulatione vel in continenti habito pacto huic rei prospexisti, creditoribus quidem non contra eum ex placito vestro, sed adversus te competit actio. Eum autem, cui certa lege praedia donasti, incerta civili actione ad placitorum obsequium urgueri secundum legem donationibus dictam, convenit [2].

[1] Erxleben S. 291; Benner S. 22; vergl. auch Pernice S. 91.

[2] vergl. l. 9 C. h. t. cit.

Bezüglich der rechtlichen Natur dieser Klage herrscht Streit. Man hat dieselbe durch die Annahme zu erklären versucht, „durch die Beifügung eines Modus verwandle sich die Schenkung in einen einheitlichen, untrennbaren Innominatcontrakt“ [1].

Erxleben [2] leitet die Klage aus der Natur der donatio sub modo selbst her. Die Verpflichtung des Beschenkten sei nicht das Resultat einer Verhandlung, wo rechtlich Leistung und Gegenleistung sich einander gegenüberständen, der Schenker mache vielmehr dem Beschenkten „das Gesetz“. Dieser habe keine andere Wahl, als entweder die Schenkung abzulehnen, oder sich den ihm gestellten Bedingungen zu unterwerfen.

In ähnlicher Weise erkennt auch Windscheid [3] als Grund der Klage „das durch die Annahme der Schenkung seitens des Beschenkten abgegebene Versprechen“.

Auch Dernburg [4] steht auf demselben Standpunkt.

Scheurl [5] argumentiert, „der Beschenkte mache sich durch Eingehung des Schenkungsvertrages, wozu ihm der Antrag sub modo gemacht worden sei, geradezu und vertragsweise zur Erfüllung des Modus verbindlich“.

An anderer Stelle der Arbeit, nämlich bei der ausführlich zu behandelnden condictio causa data causa non secuta, komme ich eingehend auf diese Frage zurück [6]. Ich kann mich hier auf die Bemerkung beschränken, dass ich den Grund derselben mit Windscheid in dem durch die Annahme des Geschenkes seitens

---

[1] Pernice S. 94; Savigny IV. S. 281.
[2] Erxleben S. 294 unten. vergl. auch Witte S. 109.
[3] Pand. II. § 368 No. 13.
[4] I. § 115 No. 10.
[5] S. 256 oben. vergl. auch Arndts. S. 106.
[6] s. S. 20

des Beschenkten stillschweigend abgegebenen Versprechen finde.

Das Anwendungsgebiet dieser actio praescriptis verbis ist jedoch ein beschränktes. Nicht jeglicher Inhalt der Auflage kann Gegenstand der Klage auf Erfüllung sein; es muss sich bei derselben um eine geldwerte Leistung handeln [1]), um eine Leistung, die ihrer Beschaffenheit nach ein möglicher Gegenstand einer contraktlichen Obligation ist [2]).

Auch wenn diese Voraussetzung vorliegt, ist diese Klage nicht unbeschränkt zulässig. Regelmässig kann allerdings unter der oben genannten Voraussetzung die Erfüllung der Auflage mit der actio praescriptis verbis erzwungen werden, wenn der Inhalt derselben auf eine Leistung an den Geber selbst gerichtet ist, sei es dem Geber Alimente zu reichen, oder irgend eine andere Sache zu geben, oder das Geschenk selbst zurückzugeben [3]). Anders dagegen verhält es sich, wenn der Inhalt der Auflage eine Zuwendung an einen Dritten zum Gegenstand hat, weil der Römer beim pactum in favorem tertii nur in geringen Ausnahmefällen eine Klage des Gebers auf Erfüllung zuliess. Es war nur dann dem Schenker die Erfüllungsklage geboten, wenn er an der Leistung an den Dritten ein eigenes, geldwertes Interesse hatte [4]) [5]).

---

[1]) Es ist jedoch streitig, ob zu einer Obligation eine geldwerte Leistung erforderlich ist. Ich schliesse mich der Ansicht Dernburgs an, auf den hier verwiesen werden kann. Dernburg I. § 115 No. 10; Dernburg II, § 17, 2; vergl. ferner Savigny IV. S. 280 fg.; Witte S. 108 unten.

[2]) Erxleben. S. 293. No. 84.

[3]) Savigny IV. S. 281. a - e

[4]) Baron S. 387 No. 6-8; Pernice S. 88 fg.

[5]) Auch dem Dritten selbst gewährten später gemäss l. 3 § 1 C. de donat. quae sub modo 8,54 die „divi principes“ ein selbstständiges Forderungsrecht, eine actio utilis.

Selbstverständlich ist, dass auf Erfüllung nur geklagt werden kann, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt, obwohl dieselbe dem Beschenkten noch möglich war. Beim Erfüllungsanspruch, mag die Unmöglichkeit der Erfüllung objektiver oder subjektiver Natur sein, kommt also nur dieser Gesichtspunkt in Betracht, weil die Erfüllung einer unmöglichen Auflage wegen Untergangs der Obligation nicht erzwungen werden kann.

II. Der Rückforderungsanspruch.

In den Fällen, in denen dem Schenker, wie oben dargestellt, eine Klage auf Erfüllung nicht gegeben war, musste naturgemäss dem Schenker ein anderer Anspruch zustehn, da er sonst recht- und machtlos den Chikanen des Beschenkten gegenüber gewesen wäre. In diesem Falle hatte er einen Rückforderungsanspruch. Die Rechtsmittel, die dem Schenker in der Entwicklung des Rechts mehr und mehr zur Erreichung dieses Anspruchs zu Gebote standen, waren verschiedene. Aber das gemeinsame Ziel sämmtlicher war die Rückgewähr des dem Beschenkten zugewendeten Vermögensvorteils.

§ 4.

Rechtshistorisch ist als älteste Klage zu bemerken und vorauszuschicken die actio fiduciae. Der Schenker gab die Sache zu Eigentum hin mit der Abrede, dass das Eigentum zurückübertragen werden solle, falls der Beschenkte die Auflage nicht erfülle. Die Rückübertragung des Eigentums wurde erzwungen durch die infamierende [1]) actio fiduciae [2]).

[1]) vergl. Sohm S. 36 Anm. 8.

[2]) vergl. Voigt S. 710.

Das Anwendungsgebiet dieser Klage war naturgemäss, wie das Anwendungsgebiet der fiducia überhaupt, ein beschränktes. Denn sie konnte nur vorkommen bei der donatio dando, weil nur bei körperlichen Sachen von Uebertragung und Rückübertragung des Eigentums die Rede sein kann. Ausgeschlossen war sie also bei der donatio obligando und liberando. Auch mochte die infamierende Wirkung der Klage ein Hindernis für ihre häufige Anwendung gewesen sein: Eine Schenkung wird regelmässig gewährt auf Grund eines Freundschafts- oder Dankbarkeitsverhältnisses. Hier wurde aber bei Nichterfüllung des Modus (es konnte sich natürlich nur um eine verschuldete Nichterfüllung handeln) der Schenker die Ursache, dass den Beschenkten die schwere Strafe der Infamie traf. Um diese zu vermeiden, pflegte der Römer in der spätern Entwicklung des Rechts eine condictio anzustellen; denn diese Klage war abstrakt [1]) gefasst, hob also den Schuldgrund nicht besonders hervor. So wird man denn auch hier statt mit der actio fiduciae mit einer condictio gegen den Beschenkten vorgegangen sein. Diese condictio war die condictio causa data causa non secuta.

§ 5.

l. 3 C. de condictione ob causam datorum 4,6.

Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter eorum dominium prorsus alienaret, vel ut donatori vel heredi eius condictio, si non fuerit condicio servata, quaeratur [2]).

Eine Voraussetzung dieser Rückforderungsklage war, dass der Modus nicht etwas Unsittliches oder

[1]) vergl. Baron S. 169 N. 31, 32; Dernburg I. § 131 N. 5.

[2]) vergl. l. 8 C. ht.

Thörichtes bezweckte; ein solcher Modus wurde nicht berücksichtigt und desshalb gestrichen [1]). Eine weitere Voraussetzung war die, dass die Auflage in der Absicht geschah, rechtlich zu verbinden; sonst lag ein blosser Rat vor, welcher den Beschenkten nicht band, und die Schenkung selbst war eine donatio pura, ohne einschränkende Nebenbestimmung [2]).

Darüber jedoch, wann eine rechtlich verbindliche Auflage vorliege, ist man sich nicht einig.

Dernburg [3]) spricht ihr den verbindlichen Charakter für den Fall ab, wenn sie nur das Interesse des Bedachten selbst im Auge habe.

Nach Baron [4]) ist das Rückforderungsrecht schon dann begründet, wenn der Zuwendende selbst, oder der Empfänger der Zuwendung, oder ein Dritter ein Interesse an dem Modus habe.

Savigny [5]) sieht dagegen vollständig von dem Erfordernis ab, dass der Schenker ein Interesse an der Erfüllung haben müsse, „denn, wenn auch dieses fehle, sei darum nicht minder causa non secuta".

Erxleben [6]) verlangt, dass der Geber irgend ein, wenn auch nur ideales Interesse an der Erfüllung der Auflage habe. Nicht nötig sei, dass sie eine Schätzung in Geld ermögliche. Er begründet diese Ansicht folgendermassen: Ueberall da, wo ein solches Interesse des Schenkers nicht vorhanden sei, sei die vom Schenker bei Gelegenheit der Schenkung getroffene Bestimmung r e c h t l i c h bedeutungslos, die Schenkung selbst werde als

---

[1]) Baron S. 116 N. 13
[2]) Dernburg I. § 115 N. 6.
[3]) I. § 115 Anm. 6.
[4]) S. 116 N. 14.
[5]) IV. S. 282. vergl. auch Witte. S. 108.
[6]) S. 258. N. 20. Anm. 20.

eine reine und einfache behandelt, und die Rückforderungsklage sei dem Schenker versagt. Dies ergebe sich aus l. 13 § 2 D. de donat. inter V. et U. 24, 1; l. 2 § 7 D. de donat. 39,5 [1]) und l. 3 D. ht. In diesen Stellen sei bei Nichterfüllung der Auflage seitens des Beschenkten nur in solchen Fällen die condictio gegeben, also die Auflage von rechtlicher Wirkung, wo dem Schenker die Erfüllung derselben nicht gleichgültig sei, sondern wo die Schenkung von der Erfüllung der Auflage abhängig gedacht, und die Auflage bestimmend für das Rechtsgeschäft gewesen sei [2]).

Ich halte diese Begründung für ausschlaggebend und schliesse mich daher der Ansicht Erxlebens an.

Diese condictio causa data causa non secuta hatte der Schenker vor allen Dingen, wenn der Beschenkte den Modus nicht erfüllte, trotzdem er erfüllen konnte. Sie stand ihm aber auch unter Umständen zu, wenn die Erfüllung des Modus aus Gründen unterblieb, die der Beschenkte nicht zu vertreten hatte.

So zunächst, wenn die Vollziehung der Auflage unterblieb, weil der Inhalt derselben auf eine ursprünglich unmögliche Leistung gerichtet war.

Im allgemeinen stehen fast sämmtliche Rechtsgelehrte auf dem Standpunkte, dass bei Unmöglichkeit (also auch ursprünglicher Unmöglichkeit) der Auflage das Recht des Schenkers auf Rückforderung erlösche, und die Auflage als erfüllt angesehn wird [3]).

---

[1]) An einer andern Stelle der Arbeit, bei Behandlung der juristischen Natur der condictio, komme ich eingehend auf die Interpretation dieser Stelle zurück s. S. 24.

[2]) s. Erxleben S. 259 fg.

[3]) Windscheid, Voraussetzung. S. 183; „denn wer schenken will, will sich ärmer machen. Man müsse daher annehmen, dass der Schenker das von Anfang an Unmögliche vom Empfänger habe gar nicht verlangen wollen". Windscheid, Pand. I § 100 N. 4; Baron

Man stützt sich dabei hauptsächlich auf l. 8 C. de donat. ob caus. dat. 4,6. Dictam legem donationi, si non impossibilem contineat causam, ab eo, qui hanc suscepit, non impletam condictioni facere locum, iuris dictat disciplina. Quapropter si titulo liberalitatis res tuas in sponsam conferendo certam dixisti legem, nec huic illa, cum posset, paruit, successores ipsius de repetendis, quas dederas, si hoc tibi placuerit, convenire non prohiberis.

Aus den Worten „si non impossibilem causam" und „nec..., cum posset, paruit" glaubt man den Schluss ziehen zu dürfen, dass eine „impossibilis causa" die Rückforderung ausschliesse [1]).

Ein Gegner dieser Ansicht ist Erxleben [2]). Er sucht dieselbe mit folgender Begründung zu widerlegen: Man könne zwar aus der oben erwähnten Stelle den Schluss ziehen, dass das, was unter einer von vorne herein unmöglichen Auflage geschenkt worden sei, nicht schlechthin zurückgefordert werden dürfe, nicht jedoch, dass das in solcher Weise Geschenkte nie und nimmer zurückverlangt werden könne. Allerdings sei die condictio ausgeschlossen, wenn der Schenker bei der Schenkung die Unmöglichkeit der ihm gemachten Auflage im Augenblick der Schenkung selbst bereits gekannt habe, weil er nicht die Absicht hegen konnte, deren Bestand von ihrer Erfüllung abhängig zu machen. Habe er dagegen die Unmöglichkeit derselben nicht gekannt, so könne man ihm nicht überall die Absicht unterschieben, schlechthin zu schenken, weil sonst die Erfüllung des Modus ihm unter allen Umständen hätte gleichgiltig sein müssen. Man müsse vielmehr unter-

S. 116 N. 13; Sintenis S. 189; Dernburg I. § 115 N. 13; Savigny IV. S. 282. N. g.; Regelsberger S. 605.

[1]) vergl. Pernice S. 201 Anm. 2.

[2]) S. 461-463.

suchen, ob der Schenker seine Schenkung wirklich auf erkennbare Weise von der Erfüllung der Auflage abhängig gemacht habe. In diesem Falle stehe ihm unbedingt die condictio zu.

Auch mir scheint die Ansicht, im Falle der ursprünglichen Unmöglichkeit sei die condictio ohne Weiteres ausgeschlossen, verfehlt, und ich schliesse mich der Meinung Erxlebens an, da ich die von ihm dagegen angeführten Gründe für durchschlagend halte [1]). Ähnlich verhält es sich im Falle der nachträglichen Unmöglichkeit.

War dem Beschenkten in Folge eines vom Schenker zu vertretenen Umstandes die Erfüllung des Modus unmöglich geworden, so dürfte darin ein Verzicht auf den Modus liegen, und dem Schenker ist infolge dessen die condictio versagt [2]).

Hatte der Dritte, dem die Auflage zu Gute gekommen wäre, die Nichterfüllung des Modus verschuldet, so wird man die Auflage als erfüllt anzusehn haben. Es muss hier dasselbe gelten, wie bei der Bedingung [3]): dass nämlich, wenn der Dritte seine Mitwirkung versagt, die Auflage als erfüllt gilt [4]).

Ist die Erfüllung des Modus dem Beschenkten aus einem andern von ihm nicht zu vertretenen Grunde unmöglich geworden, so sind auch hier fast alle Rechtslehrer der Meinung, dass bei zufälliger Unmöglichkeit die Zuwendung unter einem Modus rechtsbeständig bleibe, und dem Schenker eine condictio nicht zustehe [5]).

[1]) vergl. auch Lammfromm S. 164; Benner S. 17.

[2]) Witte S. 104.

[3]) vergl. Windscheid Pand. I § 92 Anm. 6.

[4]) vergl. auch Erxleben S. 444, N. 92.

[5]) Baron S. 116 N. 13; Dernburg I § 115 N. 13; Savigny IV. S. 282 N. g.; Sintenis S. 189 N. 39; Pernice S. 201 Anm. 5; Lammfromm S. 164; Benner S. 16. ff.

Man stützt sich bei Begründung dieser Ansicht hauptsächlich auf l. 10 C. de condictione ob caus. dat. 4,6: Pecuniam a te datam, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu secuta non est, minime repeti non posse certum est, [1]) sowie ferner auf das aus l. 8 C. ht. cit. zu folgernde argumentum e contrario.

Im Allgemeinen steht auch Windscheid [2]) auf diesem Standpunkte. Er verkennt allerdings nicht, dass diese Behandlung dem Wesen der „Voraussetzung“ [3]) nicht entspreche; andererseits gewährt er doch die condictio für den Fall, „wo jemand etwas zur Verwendung in eigenem Interesse gegeben worden sei, oder zur Verwendung im fremden Interesse, ohne dass die Absicht vorlag, ihm eine Liberalität zu erweisen“ [4]).

Anderer Meinung ist Erxleben [5]). Er legt seiner Entscheidung l. 2 § 7 D. de donat. 39,5 zu Grunde: Titio decem donavi ea conditione, ut inde Stichum sibi emeret; quaero, cum homo, antequam emeretur, mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam. respondit: facti magis, quam iuris quaestio est; nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam; si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim, in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis, quam condicio dandae pecuniae

[1]) Lammfromm S. 164 Anm. 1. hält die Interpolation dieser Stelle über allen Zweifel erhaben.

[2]) Pand. I. § 100 N. 6.

[3]) Unter „Voraussetzung“ versteht Windscheid jede Vorstellung, durch die eine Partei mit Rücksicht auf einen zukünftigen oder gegenwärtigen Thatbestand zu einem Geschäftsabschluss in der Weise bestimmt worden ist, dass sie die erzielte Wirkung nur unter diesen besondern Umständen wolle; vergl. auch Dernburg I § 115 hinter N. 15; Windscheid Pand. I. § 97 ff.

[4]) Pand. I. § 100 N. 7.

[5]) S. 436-444.

existimari debebit, et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.

Daraus, wie aus l. 3 D. ht., die nur eine Verallgemeinerung des vorigen enthalte, gehe hervor, dass der Wille des Schenkers massgebend sei. Sei die Auflage für ihn die Voraussetzung der Schenkung gewesen, so müsse man es als Regel ansehn, dass bei zufälliger Verhinderung die Rückforderung begründet sei. Habe er aber so wie so beabsichtigt, dem Titius eine Schenkung zu machen, und der Kauf des Sklaven sei mehr nur der äussere Beweggrund, der für sie genommene Vorwand gewesen, so liege eine reine Schenkung vor, und die condictio sei ihm versagt.

Auch mir scheint der unbedingte Ausschluss der condictio im Falle unverschuldeter, zufälliger Verhinderung an der Erfüllung des Modus nicht gerechtfertigt. In den meisten Fällen wird zwar dem Schenker die condictio zu versagen sein. Andererseits wäre es jedoch unbillig, dem Schenker die condictio nicht zu gewähren, wenn er den Nachweis zu erbringen im Stande ist, dass er die Schenkung nur unter dieser ganz besonderen Voraussetzung gemacht habe. Zwar scheinen die klaren und unzweideutigen Worte der l. 10 C. cit. hier jeden Zweifel zu beseitigen. Andererseits bieten aber die von Erxleben seiner Entscheidung zu Grunde gelegten Digestenstellen ein nicht unwichtiges Argument für die hier vertretene Ansicht. Zudem hat man wohl auch mit der Möglichkeit einer Interpolation [1]) der l. 10 C. cit. zu rechnen. Auch die Freunde der gegenteiligen Ansicht haben die Beweiskraft der für Erxlebens Entscheidung massgebenden Digestenstelle nicht verkannt und daher versucht, sie durch Zugrundelegung anderer Erklärungen hinwegzudeuteln.

Wächter [2]) behauptet, diese Stelle handle von der

[1]) s. oben S. 18, Anm. 1.

[2]) Doctrina de cond. § 13 S. 99 ff.

Leistung unter einer wirklichen Bedingung.

Savigny [1]) und Sintenis [2]) stellen das Dasein einer Schenkung überhaupt in Abrede.

Savigny argumentiert: Wenn einem Geld gegeben werde, um den Sklaven Stichus zu kaufen, so sei es entweder eine reine Schenkung, und bei des Stichus Tode falle die condictio weg; oder aber, es sei überhaupt keine Schenkung vorhanden, wenn das Geld blos zu dem Ende gegeben worden sei, um dem Stichus einen milden Herrn zu verschaffen, dann gelte die condictio wie bei jedem gewöhnlichen Innominatcontrakt.

In ähnlicher Weise fasst auch Sintenis diese Stelle auf. Er spricht dem hier vorliegenden Rechtsgeschäft den Charakter der Liberalität ab und sieht dasselbe als Auftrag an, wobei der Beauftragte den Ueberrest profitiere.

Gegen die Auffassung Wächters wendet Erxleben [3]) mit Recht folgendes ein: Wenn auch im Eingang dieser Stelle der Ausdruck conditio gebraucht werde, so könne damit doch unmöglich eine Bedingung gemeint sein. Dies werde dadurch widerlegt, dass später die Frage untersucht werde, „ob die dadurch ausgedrückte Bestimmung nach der Absicht des Schenkers die wesentliche Voraussetzung der Schenkung oder bloss der äusserlich vorgegebene Beweggrund derselben, ob sie deren conditio oder bloss deren causa gewesen sei". Läge wirklich eine Bedingung vor, so hätte dieser Zweifel doch gar nicht entstehn können, und die Untersuchung dieser Frage sei völlig überflüssig gewesen.

Gegen die Ansicht Savigny's führt Erxleben [4]) aus: Zwar sei ein Interesse des Gebers beim Ankauf des Sklaven erforderlich, da es sich sonst um eine reine

[1]) IV. S. 282 Anm. g.
[2]) S. 189 Anm. 39.
[3]) S. 263 ff.
[4]) S. 265 fg.

Schenkung handle [1]). Andererseits sei aber nicht einzusehn, warum sich dieses nicht mit dem animus donandi verbinden lasse, und das Dasein einer Schenkung überhaupt abgeleugnet werde. Für alle Fälle sei doch der Beschenkte — und zwar nach der bestimmten Absicht des Gesetzgebers — durch den Wert des Sklaven im Besitze des vollen Betrages des Geschenkes. Wenn also der Ankauf des Sklaven auch die bedingende Voraussetzung der Schenkung gewesen sei, so habe der Schenker doch nicht nur dem Sklaven, sondern auch dem Titius einen Vorteil verschaffen wollen; somit diese Leistung als Schenkung gedacht und auch denken müssen. Für diese Auffassung der Stelle greife weiterhin ergänzend l. 3 D. ht. ein. In letzterer Stelle, die mit der in Rede stehenden in engster Verbindung stehe, sei gar kein Anstand genommen, das Rechtsgeschäft als Schenkung aufzufassen; der von Julian gemachte Unterschied habe ganz andere Gründe.

Ich halte die Ansicht von Erxleben für begründet und trage kein Bedenken, mich derselben anzuschliessen. Dadurch dürfte auch die Ansicht von Sintenis widerlegt sein. Denn es ist nachgewiesen, dass in diesem Falle wirklich eine Schenkung vorliegt; somit ist es irrtümlich von „Auftrag" oder „Innominatcontrakt" zu sprechen. Bemerkt sei noch, dass sowohl die Fassung der Stelle, in der ausdrücklich von „donare" die Rede ist, als auch deren Behandlung unter dem Titel „de donationibus" den richtigen Schluss auf die Absicht des Gesetzgebers an die Hand geben müssen.

Somit dürften die Versuche der gegnerischen Seite, die Beweiskraft der in Rede stehenden Stelle wegzuleugnen, gescheitert sein [2]).

[1]) vergl. S. 14 Abs. 5 dieser Abhandlung.

[2]) Bei nachträglicher Unmöglichkeit hat natürlich der Schenker immer einen Rückforderungsanspruch, wenn die Unmöglichkeit herbei-

Ueber den Rechtsgrund, weshalb die römischen Juristen in diesem Falle dem Schenker eine condictio gewährt haben, herrscht unter den Rechtsgelehrten Streit.

Nach der einen Ansicht ist die condictio desshalb dem Schenker gegeben worden, weil in der Nichterfüllung des Modus ein Undank des Beschenkten liege [1]).

Andere sehn den Grund der Gewährung der condictio ob causam datorum in der Ähnlichkeit mit den Innominatcontrakten nach der Form: do, ut des, do, ut facias [2]). Nur eine einzige Verschiedenheit bestehe zwischen der donatio sub modo einerseits und den Innominatcontrakten andererseits: Das bei diesen geltende ius poenitendi, d. h. die Befugnis, die condictio ganz willkürlich und aus blosser Laune anzustellen, sei bei jenen ausgeschlossen. Dies ergebe sich unzweideutig aus den in l. 18 § 1 D. de donat. 39,5 gebrauchten Worten: non posse ante quinquennium agi [3]).

Die Ansicht, die Gewährung der condictio sei auf den in der Nichterfüllung des Modus liegenden Undank zurückzuführen, verwirft Erxleben [4]) mit folgender Begründung:

Wenn auch Justinian in l. 10 C. de revoc. donat. 8,55 den Wiederruf der Schenkung wegen Undanks regele, und als solchen den Fall der Nichterfüllung des Modus seitens des Beschenkten erwähnt habe, so habe er dadurch doch nicht die condictio ob causam datorum ab-

geführt wird durch einen Umstand, welcher eintritt, nachdem der Beschenkte mit der Vollziehung der Auflage in Verzug geraten ist. Er hat alsdann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bis zum Zufall zu haften. Dabei steht ihm natürlich der Nachweis offen, dass der durch die Erfüllung des Modus erreichte Erfolg auch durch Zufall wieder beseitigt worden wäre.

[1]) Savigny IV. S. 284 N. m.

[2]) Voigt S. 714, 715; Sintenis S. 188 Anm. 34; Savigny IV. S. 281.

[3]) vergl. v. Holzschuher S. 410; Sintenis S. 188 Anm. 34; Wendt S. 58.

[4]) S. 257. N. 16-19.

schaffen wollen. Die Rückforderung wegen Undanks sei sowohl in ihren Voraussetzungen, wie in ihren Wirkungen von der Rückforderung propter causam non secutam verschieden. Justinian habe durch seine Verordnung nur der Meinung vorbeugen wollen, als habe er die Anwendung der condictio durch seine Verordnung beseitigen wollen [1]).

Auch nach meiner Ansicht ist es verfehlt, den Rechtsgrund der condictio mit der in der Nichterfüllung der Auflage liegenden Undankbarkeit zu erklären. Wie oben nachgewiesen [2]), ist die condictio sowohl für den Fall verschuldeter, als auch unter Umständen für den Fall unverschuldeter Nichterfüllung des Modus gewährt. In dem Falle aber, wo die Nichterfüllung der Auflage von dem Beschenkten nicht verschuldet ist, kann doch nicht von Undank des Beschenkten die Rede sein. Gewährt man in diesem Falle trotzdem eine condictio, so ist der Begriff des Undanks auszuscheiden, da doch naturgemäss sowohl für den Fall des Verschuldens als auch des Nichtverschuldens die condictio denselben Rechtsgrund haben muss.

Gegen die Ansicht, die donatio sub modo gehe in einen Tauschkontrakt über, führt Erxleben aus: [3])

Zwar hätten beide Rechtsverhältnisse in rechtlicher Hinsicht viele gemeinsamen Merkmale. Diese habe jedoch die eine nicht von der andern entlehnt; dieselben beruhten vielmehr auf ihrer „thatsächlichen Beschaffenheit, wodurch sie, ihrer sonstigen Verschiedenheit ungeachtet, der gleichmässigen Einwirkung gewisser höherer Rechtsprinzipien unterliegen“ [4]). Das Wesen der Innominatrealkontrakte bestehe doch darin, dass zwei

[1]) s. Erxleben S. 257 vor N 19.
[2]) s. oben S. 15 Abs. 2 ff.
[3]) s. 295 Mitte.
[4]) Erxleben 295 Mitte.

obligatorische Verpflichtungen sich derart gegenüberständen, [1]) dass die eine das Equivalent der anderen bilde. Davon könne aber bei der donatio sub modo keine Rede sein! Hier handele es sich nicht um einen Austausch gegenseitiger Verpflichtungen. Die Leistung, die der Schenker durch die von ihm getroffene Bestimmungen auferlege, stehe demjenigen, was er selbst leiste, rechtlich nicht als Gegenleistung gegenüber, sondern werde als eine Beschränkung gedacht, welcher er die Schenkung und folgeweise den Beschenkten selbst unterwerfe.

Ich schliesse mich der Ansicht von Erxleben an, da auch nach meiner Ansicht es sich hier nicht um einen Austausch gegenseitiger Leistungen handelt. Die Auflage ist nicht Entgelt, auch nicht teilweises Entgelt für die Vermögenszuwendung, sondern sie ist eine der Schenkung aufgelegte Last, die nur eine wirtschaftliche Minderung der Schenkung im Gefolge hat, sie aber keineswegs in einen gegenseitigen Vertrag verwandelt [2]).

Erxleben [3]) selbst sucht den Grund der condictio aus der innern Natur und dem Wesen der donatio sub modo selbst zu erklären. Er fasst dieselbe als einen Anwendungsfall der datio ob rem auf und begründet seine Ansicht folgendermassen: Der Schenker müsse an der Erfüllung des Modus ein bestimmtes, wenn auch nur ideales Interesse haben. „Dieses müsse zugleich so stark für ihn sein, dass er seine Zuwendung selbst als abhängig von dessen Befriedigung gedacht, also nur unter der Voraussetzung beabsichtigt habe, dem Empfänger etwas zu schenken, dass er den ihm vorschwebenden Zweck auch wirklich erreichen werde. [4]) Er be-

[1]) s. ebenda S. 294.
[2]) vergl. Crome S. 532.
[3]) s. S. 258 ff.
[4]) Erxleben S. 259 und 260.

gründet dies aus l. 2 § 7 D. cit. [1]). Aus dieser Stelle gehe klar hervor, dass es für die Gewährung der condictio massgebend sei, in welchem Sinne die donatio sub modo gemacht sei. Sei der Kauf des Sklaven die bedingende Voraussetzung der Schenkung gewesen, so sei die condictio gegeben, sei dagegen so wie so die Absicht vorhanden gewesen, dem Titius die fragliche Summe zu schenken, und der Kauf des Stichus sei mehr nur der für sie genommene Vorwand gewesen, so sei ihm die condictio versagt [2]). Daraus sowie aus l. 3 D. h. t. gehe hervor, die condictio sei dem Schenker deshalb gewährt, weil die auferlegte Leistung nach der Absicht des Schenkers die bedingende Voraussetzung der Schenkung selbst sei [3]).

Windscheid [4]) sucht den Grund der Gewährung der condictio mit dem von ihm aufgestellten Begriffe der „Voraussetzung“ [5]) zu erklären. „Da die Auflage von dem Urheber der Willenserklärung mit der Zuwendung in unmittelbare Verbindung gebracht sei, so entspreche es nach dem Geiste des römischen Rechts seinem wahren Willen nicht, dass ohne ihre Erfüllung die Zuwendung bestehe“. Damit sei die Grundlage für die condictio gegeben.

Auch ich bin der Ansicht, dass man den Rechtsgrund der condictio aus der inneren Natur und dem Wesen der donatio sub modo zu erklären hat, und halte die von Erxleben seiner Meinung untergelegten Begründungen für durchschlagend.

Betreffs des Umfanges des mit der condictio ob causam datorum bei Nichterfüllung des Modus gewährten

---

[1]) s. oben S. 18 Abs. 3.
[2]) Erxleben S. 261 N. 24.
[3]) ebenda Inhaltsangabe zu § 14.
[4]) Pand. I. § 98 N. 2 und 3.
[5]) s. oben S. 18 Anm. 3.

Anspruchs kann in Frage stehn, ob nur so viel zurückgefordert werden könne, als zur Erfüllung des Modus erforderlich gewesen wäre, oder ob das ganze Geschenk Gegenstand des Rückforderungsrechtes sei. Ausnahmslos finden wir die Ansicht vertreten, dass das Recht des Schenkers auf Rückforderung sich niemals auf den Wert der Auflage beschränke, sondern stets das ganze Geschenk mitumfasst [1]). Dies gilt nicht blos in dem Falle, wo der Wert der Auflage sich nicht in Geld abschätzen lässt, sondern auch da, wo der Wert derselben eine genaue Schätzung in Geld gestattet [2]). Es steht auch im Einklang mit den Entscheidungen der Quellen, dass die condictio die ganze Schenkung umfasse:

l. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4,6. Si, ut proponis, pater tuus ea lege sorori tuae praedia ceteraque, quorum meministi, donavit, ut creditoribus ipsa satisfaceret, ac, si placita observata non essent, donatio resolveretur, eaque contra fidem negotii gesti versata est, non est iniquum, actionem condictionis ad repetitionem rerum donatarum tibi, qui patri successisti, decerni [3]).

In der Zeit des alten römischen Prozesses war allerdings die Rückforderung des Beschenkes selbst nicht möglich, weil jede Condemnation nur auf Geld lauten konnte. Der Schenker musste es sich also trotz erfolgreich durchgeführter condictio gefallen lassen, dass ihm nicht das Geschenk selbst, sondern nur der Wert desselben in Geld zurückerstattet wurde. Selbst nicht einmal das mittelbare Zwangsmittel zur Erzwingung der Naturalrestitution, der arbitratus des Richters, konnte ihm die Rückleistung der Sache selbst erzwingen.

---

[1]) vergl. Windscheid Pand. II. § 368 N. 14; Erxleben S. 255 N. 13; Savigny IV. S. 283.

[2]) s. Erxleben S. 256 oben.

[3]) vergl. auch l. 8 C. h. t. cit. s. oben S. 16 Abs. 1.

Der arbitratus fand zwar statt bei den Klagen, die auf ein restituere oder exhibere gerichtet waren, war dagegen den actiones stricti iuris, selbst, wenn sie auf Rückgabe gingen, also auch der condictio ob causam datorum, versagt [1]).

In der späteren Entwicklung des Prozessverfahrens änderte sich dies, weil allmählig statt der Geldcondemnation die Realexekution ermöglicht wurde. Hatte der Schenker eine species gegeben, und befand sich diese noch bei dem Beschenkten, so konnte er dieselbe mittels der condictio in dem Zustande zurückverlangen, in dem sie sich im Augenblick der Litiscontestation befand. War dagegen eine Genussache Gegenstand des Geschenkes, oder befand sich die Species nicht mehr in den Händen des Beschenkten, so trat an Stelle der Sache das Surrogat nach dem Gesichtspunkt des stellvertretenden commodum. Es greifen hier die allgemeinen Grundsätze über die Bereicherungsklagen Platz [2]).

§ 6.

Eine weitere Klage auf Rückforderung des Geschenkes gewährte Justinian dem Schenker in l. 10 C. de revoc. donat. 8,55, in dem er die Nichterfüllung des Modus bei der donatio sub modo unter die Fälle einreihte, bei denen der Widerruf der Schenkung wegen Undanks geboten war.

Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut iniurias atroces in eum effundat;.... vel quasdam conven-

---

[1]) S. Ihering in Jahrb. f. d. Dogm. I. S. 168 ff.

[2]) Windscheid Pand. II. § 424 N. 1-4; Dernburg II § 141 N. 27-29; Baron S. 513 N. 13 ff.

tiones sive in scriptis donationi impositas sive sine scriptis habitas, quas donationes acceptor sponpondit, minime implere voluerit.

Durch diese gesetzliche Bestimmung hat jedoch Justinian die condictio ob causam datorum nicht ausschliessen wollen. Vielmehr hat der Schenker nunmehr die Wahl, ob er die Revokationsklage wegen Undanks oder die condictio ob causam datorum anstellen wolle [1] [2].

Mühlenbruch [3] hält die beiden Klagen für mit einander unvereinbar. Er behauptet, eine donatio sub modo könne wegen Undanks nicht widerrufen werden. Jedoch verkennt er nicht, dass hierbei l. 10 C. de revoc. donat. 8,55 cit. „Schwierigkeiten bereite, indem hier die Revokation wegen nicht erfüllter Angelobungen mit der wegen Undanks zusammengestellt sei. Allein aus dieser Begriffsverwechselung folge noch keineswegs, dass der Widerruf einer donatio sub modo auch wegen Undanks möglich sei [4]".

Die Ansicht Mühlenbruch's erscheint aber verfehlt. Eine Begriffsverwechselung liegt hier keineswegs vor. Nur soviel ist zuzugeben, dass nicht jede Nichterfüllung des Modus bereits einen Undank enthält. Es genügt nicht einmal eine blos culpose Nichterfüllung, vielmehr

---

[1] Savigny IV. S. 234; Meyerfeld. S. 417.

[2] Den Versuch des Donellus (Vol. VIII. S. 441), die Rückforderung des Geschenkes wegen Undanks auf den stillschweigend abgeschlossenen Vertrag zurückzuführen, der Empfänger solle die Undankbarkeit meiden, halte ich mit Benner (S. 34) für verfehlt. Einmal, weil zur Zeit der Schenkung, wie Benner richtig hervorhebt, niemand an ein solches Missverhältnis denkt, andererseits auch desshalb, weil es schon allgemein für nicht richtig erachtet werden kann, Rechtsverhältnisse mit der Unterstellung stillschweigender Verträge zu erklären.

[3] § 445 N. 7.

[4] Mühlenbruch § 445 Anm 7.

muss es sich um eine dolose [1]), beinahe frivole Nichterfüllung handeln. Dass dem Schenker mehrere Klagen zustehn, ist nichts Auffallendes; darin besteht das Wesen der Klagenconkurrenz [2]) [3]).

Die Revokationsklage ist eine höchst persönliche Klage, um dem Schenker wegen erlittener persönlicher Unbill eine Genugthuung zu verschaffen. Man hat sie daher den actiones vindictam spirantes eingereiht [4]).

Das Widerrufsrecht des Schenkers ist aktiv und passiv unvererblich [5]), wie sich dies aus l. 10 § 2 C. de revoc. donat. 8,55 ergiebt.

Haec tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda donatoris successoribus huiusmodi querimoniarum primordium instituere. Etenim, si ipse, qui haec passus est, tacuit, silentium eius maneat semper, et non a posteritate eius suscitari concedatur, vel adversus ipsum, qui ingratus esse dicitur, vel adversus eius successores [6]).

Vererblichkeit tritt jedoch ein, einmal mit der litis contestatio auf Grund der in derselben liegenden novatio necessaria [7]), sodann aber auch durch einseitige Erklärung des Widerrufs an den Beschenkten, wie dies in einer Entscheidung des Oberlandesgerichts zu Braunschweig [8])

---

[1]) vergl. Dernburg II. § 108 Anm. 14.

[2]) s. Seuffert Bd. V. S. 212 Entsch. 168.

[3]) Dernburg I. § 135 N. 9 ff; s. Baron S. 170 ff; Regelsberger S. 653 ff.

[4]) s. Baron S. 165.

[5]) Windscheid Pand. II. § 367 vor N. 19; Meyerfeld S. 418; Dernburg I. § 136 N. 1 ff; von Bothmer im Arch. f. d. civ. Praxis Band 61. S. 348 ff.

[6]) vergl. auch l. 7 § 3 C. h. t.

[7]) s. Baron S. 165.

[8]) s. Seuffert's Arch. Bd. 44. S. 24. Entsch. 18.

des weiteren und meines Erachtens mit zutreffenden Gründen ausgeführt ist [1]).

In der Literatur ist dieser Standpunkt nicht unbestritten. Die herrschende Ansicht [2]) steht allerdings im Einklang mit der erwähnten Oberlandesgerichtentscheidung. Arndts [3]) vertritt den gegenteiligen Standpunkt. Zwar genüge bei der querela inofficiosi testamenti, „um sie auf die Erben zu übertragen, der entschieden an den Tag gelegte Wille, das Testament anzufechten". Nicht dagegen sei dies auch bei der Klage auf Rückgabe einer Schenkung wegen Undankbarkeit der Fall, wie dies „ohne genügenden Grund Windscheid behaupte".

Der Widerruf macht die Schenkung nicht ipso iure nichtig, sondern begründet nur einen obligatorischen Anspruch des Schenkers auf Rückleistung [4]).

Bezüglich des Umfanges dieses Anspruchs gilt das oben bei Behandlung des Condiktionenanspruchs Gesagte; denn diese Klage ist eine condictio, nämlich eine condictio ex lege [5]).

Nur in einer Hinsicht herrscht Streit. Bei den Bereicherungsklagen muss der Beschenkte die Bereicherung im Augenblick der litis contestatio herausgeben [6]).

Nach Savigny [7]) soll dagegen hier der undank-

---

[1]) In der Entscheidung wird allerdings Erklärung an den Beschenkten selbst verlangt, nicht genüge ein einem Dritten gegenüber, oder bei Gelegenheit einer einseitigen Disposition des Schenkgebers geäusserter Widerruf.

[2]) s. Windscheid Pand. II. § 367 Anm. 19; Dernburg II. § 108 Anm. 15.

[3]) s. Arndts S. 145 Anm. 1.

[4]) s. Windscheid Pand. II. § 367 N. 16a; v. Holzschuher S. 441 zu 4.

[5]) Benner S 34.

[6]) s. oben S. 27 Abs. 1.

[7]) s. Savigny IV. S. 237 ff; vergl. auch von Holzschuher S. 441 zu 4, S. 443 zu 7.

bare Beschenkte schon von der Zeit der Undankbarkeit an haften, wie ein mala fide possessor; „denn nun habe der Beschenkte den Widerruf erwarten müssen [1]).“ In unserem Falle würde das der Zeitpunkt sein, wo der Beschenkte mit der Erfüllung des Modus doloser Weise im Verzug ist. Noch darüber hinaus soll schon der Zeitpunkt massgebend sein, wo der Empfänger der Zuwendung nur den Entschluss zur Undankbarkeit gefasst habe [2]). Nach Savigny würde also schon dieser Zeitpunkt den Umfang der Bereicherung fixieren.

Windscheid [3]) bemerkt mit Recht gegen diese Auffassung, dass sie nicht quellenmässig sei. „Möglich wäre es allerdings, dass die Quellen die Sache in dieser Art aufgefasst hätten. Es sei aber auch eine andere Auffassung denkbar, nämlich die, dass der Beschenkte trotz seiner Undankbarkeit nicht anzunehmen brauche, der Schenker mache das Widerrufsrecht geltend, dass also erst der wirklich geschehene Widerruf ihn zum unredlichen Besitzer mache“.

Auch ich halte die Auffassung Savigny's für nicht richtig, weil sie mit den Condiktionengrundsätzen im Widerspruch steht und ausserdem auch quellenmässig nicht begründet ist.

l. 7 § 2 C. de revoc. donat. 8,55: Ceterum quae ante, adhuc matre pacifica, iure perfecta sunt, et ante inchoatum coeptumque iurgium vendita, donata, mutata, in dotem data ceterisque causis legitime alienata, minime revocamus [4]).

---

[1]) Savigny ebenda.

[2]) Savigny IV. S. 238 oben; von Holzschuher S. 444 oben.

[3]) Windscheid, Pand. II § 367 Anm. 18; vergl. auch v. Bothmer a. a. O. S. 345 ff.

[4]) Die Mutter, welche einen unsittlichen Lebenswandel führt, oder zur zweiten Ehe schreitet, hat im Falle der Nichterfüllung der Auflage kein Rückforderungsrecht. vergl. l. 7 C. de revoc. donat. 8,55, Nov. 22 cap. 35. s. bei Windscheid Pand. II. § 367 N. 20, 21; Regelsberger S. 618 Anm. 15.

§ 7.

Eine Neuerung des späteren Rechtes war es, dass Valerianus und Gallienus bei Nichterfüllung des Modus unter Umständen eine rei vindicatio utilis gewährten. l. 1 C. de donat. quae sub modo 8,54.

Si doceas, ut adfirmas, nepti tuae ea lege a te esse donatum, ut certa tibi alimenta praeberet, vindicationem etiam in hoc casu utilem, eo quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi. nam condictio quidem tibi in hoc casu (id est in personam actio) iure procedit; verum vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.

Aus dieser Stelle geht hervor, dass in dem Falle, wo die Auflage in der Gewährung von Alimenten an den Schenker besteht, dem letztern bei Nichterfüllung der Auflage eine rei vindicatio utilis zusteht [1]).

Jedoch ist diese Auffassung nicht unbestritten, weil in der Rechtswissenschaft die Auffassung vertreten ist, dass die rei vindicatio utilis nicht nur in dem singulären Falle der Nichtgewährung von aufgelegten Alimenten angestrengt werden könne, sondern auch allgemein geboten sei.

Ein Vertreter der letzteren Ansicht ist Glück [2]). Er gestattet dem Schenker bei Nichterfüllung des Modus die Wahl entweder zwischen der Personalklage, nämlich der condictio causa data causa non secuta, oder der Realklage, nämlich der rei vindicatio utilis. Wenn auch einige Rechtslehrer, führt er aus, die in l. 1 C. cit. dem Schenker gewährte rei vindicatio utilis als

[1]) vergl. Windscheid Pand. II. § 369 vor N. 16; Dernburg I. § 115 N. 9; Sintenis S. 188; Arndts S. 106; Meyerfeld S. 413; Erxleben S. 269 oben; Scheurl S. 254.

[2]) s. IV. S. 470.

einen Ausnahmefall betrachteten, „der nicht ultra casum legis zu extendieren sei, so sei doch zu einer einschränkenden Erklärung kein hinreichender Grund vorhanden. In unserm iure sei es gar nichts Unmögliches, die utilem in rem actionem dem zu gestatten, der kein Eigentum mehr habe“ [1]).

Diese Ansicht ist jedoch vereinzelt geblieben und die gegenteilige die herrschende geworden [2]).

Savigny [3]) betrachtet dieses Rechtsmittel als eine ganz positive Anstalt, das ausser den Grenzen des einzelnen Falles nicht angewendet werden dürfe.

Nach Kindervater [4]) ist der singuläre Charakter dieser rei vindicatio utilis unverkennbar und in unseren Quellen ausdrücklich hervorgehoben. Dieselbe Ansicht vertritt Meyerfeld [5]).

Ich schliesse mich der herrschenden Ansicht an, dass es sich hier nicht um eine allgemeine Vorschrift, sondern um einen Ausnahmefall handelt. Liegt aber ein solcher vor, so kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Ausdehnung auf ähnliche Fälle nicht stattfinden, denn: quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentia [6]).

Auch die juristische Natur dieser rei vindicatis utilis ist bestritten.

Ihering [7]) vertritt die Ansicht die rei vindicatio utilis sei nur eine andere, vorteilhaftere Form der Geltendmachung einer Obligation. Sie setze nicht nur eine Obligation voraus, sondern eine solche in der

---

[1]) s. Glück, ebenda. Anm. 21; vergl. auch Huschke S. 45 oben.

[2]) vergl. die folgenden.

[3]) s. IV. S. 284.

[4]) in Jahrbüchern des gem. deutschen Rechts, Band VI. S. 338.

[5]) S. 413; vergl. auch Sintenis S. 188 Anm. 34; vergl. auch Erxleben S. 269 vor N. 41a.

[6]) l. 411 pr. D. de reg. iur. 50,17.

[7]) Jahrb. f. d. Dogm. Bd. I. S. 120 ff. speziell S. 172.

Person des Beklagten. Sie werde bestimmt nach Inhalt und Richtung durch die actio in personam, deren Gefährtin sie sei. Sie betreffe nur die Form der prozessualischen Geltendmachung des Anspruchs; der Anspruch selbst aber mit allen materiellen Momenten sei nach der concurrierenden persönlichen Klage zu beurteilen [1]). Bei der Begründung seiner Ansicht stellt er verschiedene Fragen auf, deren Beantwortung die Absurdität der gegenteiligen Ansichten darlegen soll [2]).

Dieselbe Auffassung hat auch Jacobi [3]). Auch dieser lässt die Vindikationsklage (rei vindicatio utilis) zur Geltendmachung persönlicher Ansprüche (gegen eine im Voraus bestimmte Person) dienen [4]).

Diese Auffassung hat in der Rechtswissenschaft Anlass zu heftigen Controversen gegeben.

Arndts [5]) nennt die von Ihering entwickelte Theorie „ein eigentümliches Zwitterding von persönlicher und dinglicher Klage, die ihm weder quellenmässig begründet, noch an sich beifallwürdig erscheint".

Wächter [6]) führt aus, schon der Name der Klage widerlege die Ausführungen Ihering's, so scharfsinnig sie auch an sich seien. Wie hätte man eine Klage, die sich nicht auf ein dingliches Recht des Klägers, sondern lediglich auf eine Obligation des Beklagten stütze, durch die man nur ein persönliches Recht gegen denselben geltend mache, die nicht gegen Dritte gehe, eine rei vindicatio nennen können? [7]).

So finden wir fast allgemein die Ansicht vertreten,

---

[1]) ebenda S. 175.

[2]) ebenda S. 162.

[3]) in Ihering's Jahrb. f. Dogm. IV. S. 230. Anm. 82.

[4]) vergl. auch Regelsberger S. 620. Anm. 5.

[5]) S. 216 Anm. 3.

[6]) II. S. 178.

[7]) vergl. ebenda S. 179 Mitte, den anologen Fall; vergl. auch Kindervater a. a. O. S. 340.

dass die rei vindicatio utilis, getreu ihrem Namen, eine dingliche Klage mit dinglichen Wirkungen sei.

Windscheid [1]) fasst dieselbe auf „als Ausdruck des übergegangenen Eigentumsrechts, wie die rei vindicatio utilis des bonitarischen Eigentümers"; eine Ueberzeugung, „die ihm die Ihering'sche Auffassung nicht zu nehmen vermocht habe".

Wächter [2]) gewährt dem Schenker im Falle der Nichterfüllung des Modus das Recht, die geschenkte Sache als sein Eigentum in Anspruch zu nehmen.

Kindervater [3]) nimmt fingiertes Eigentum auf Seiten des Schenkers an. Das Eigentum sei zwar auf den Beschenkten übergegangen, und der Rückfall könne daher nicht ipso iure erfolgen. Deshalb werde der Eigentumsübergang rescindiert und angenommen, er habe nicht stattgefunden [4]) [5]). Die rei vindicatio utilis erscheine somit als eine actio ficticia [6]) und unterliege ganz denselben Grundsätzen wie die rei vindicatio directa [7]).

Eine Mittelstellung nimmt Dernburg [8]) ein. Er teilt zwar in soweit die Ansicht Ihering's, als es sich auch nach seiner Meinung um Uebertragung des Eigentums handle, wie sich dies thatsächlich aus den Quellen ergebe, leugnet aber entschieden den Charakter der rei vindicatio utilis als Verstärkung der persönlichen Klage. Sie trete vielmehr als dingliche Klage auf und müsse daher dingliche Kraft haben. Heutzutage möge

---

[1]) die actio S. 215. Pand. I. § 174 Anm. 9.
[2]) vergl. Anm. 7 der vorigen Seite.
[3]) S. 351.
[4]) vergl. auch Benner S. 32.
[5]) vergl. auch Vangerow I. S. 739.
[6]) Kindervater S. 354.
[7]) S. 364 ebenda.
[8]) I. § 225 Anm. 12.

man allerdings gutgläubigen Dritten gegenüber diese Klage vom Standpunkt der Billigkeit aus versagen.

Wie sich aus dem Vorhergehenden ergiebt, ist die Frage nach der rechtlichen Natur gerade dieser Klage eine sehr umstrittene. Die Beantwortung derselben bleibt der Wissenschaft überlassen, weil die Quellen zur Lösung der Streitfrage nicht den geringsten Aufschluss geben. Meines Erachtens haben die Ausführungen Ihering's das Meiste für sich. Zwar ist nicht zu verkennen, dass, wie Wächter [1]) richtig bemerkt, der Name der Klage schon allein ein wichtiges Argument gegen Ihering's Auffassung bietet. Andererseits ergeben sich gegen die consequente Durchführung der Klage als einer dinglichen die allergrössten Bedenken. Wie kann man auf Seiten des Schenkers bei Nichterfüllung des Modus durch den Beschenkten von Eigentum, fingiertem Eigentum reden! Durch die Schenkung hat sich doch der Schenker seines Eigentums begeben. Der Beschenkte ist Eigentümer geworden [2]). Mit diesem Eigentum kann er frei schalten und walten. Er kann das Geschenk auch rechtsgiltig auf andere übertragen, die ein ebenso gutes und unbestrittenes Eigentum erlangen wie er. Wie soll nun plötzlich der Schenker im Stande sein, das rechtsgiltig übergegangene Eigentum sogar noch in der zweiten Hand dergestalt zu entkräften, dass er ohne weiteres als Eigentümer, fingierter Eigentümer betrachtet werde! Ja, noch weiter, wie Kindervater [3]) annimmt, dass jede Veräusserung, welche der Erwerber vorgenommen habe, ungültig sei, ein Zustand, der mit der actio nata beginne und bis zur Verjährung derselben dauere. So

[1]) s. S. 34 Abs. 4 dieser Abhandlung.

[2]) Vorausgesetzt natürlich, dass der Schenker selbst Eigentümer gewesen ist.

[3]) a. a. O. S. 356.

sehr auch die gegen Ihering aufgestellten Behauptungen in Betracht zu ziehen sind, kann ich mich doch seiner Auffassung nicht verschliessen. Der praktische Wert der Einführung dieser Klage wird wohl nach Ihering [1]) in der Eigentümlichkeit des römischen Prozesses zu finden sein [2]). Stellte der Schenker die condictio an, so konnte er nach dem oben [2]) Gesagten, nur den Wert der Sache erhalten, nicht die Sache selbst. Gab man ihm aber eine andere Klage, die rei vindicatio utilis, so konnte der Schenker statt des Geldwertes die Sache selbst erlangen: In diesem Falle war der Richter befugt, einen arbitratus zu erlassen. Blieb derselbe erfolglos, so wurde der Schenker zum iuramentum in litem zugelassen, und infolge dessen der grösste Zwang zur Herausgabe des Geschenkes selbst auf den Beschenkten ausgeübt.

Die Klage richtete sich also gegen den Beschenkten, den Eigentümer; sie ist mithin eine Klage des Nichteigentümers gegen den Eigentümer, gerichtet auf Rückübertragung des Eigentums (qua dominium pristinum restituatur tibi). Sie geht aber nicht gegen Dritte, und gerade darin liegt der springende Punkt der Streitfrage. Hat der Beschenkte zur Zeit der Rechtshängigkeit die Sache selbst nicht mehr, so muss er herausgeben, was an Stelle der Sache getreten ist. Es wird also diese Klage auf dasselbe herauskommen, wie die condictio causa data causa non secuta.

---

[1]) a. a. O. S. 169.

[2]) s. oben S. 26 Abs. 2.

B. Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

I. Der Erfüllungsanspruch.

§ 8.

In der ältesten Zeit machte, wie wir oben [1]), gesehn haben, der Erfüllungsanspruch Schwierigkeiten sowohl mit Rücksicht auf das römische Contraktensystem, als auch auf die beschränkte Zulassung des pactum in favorem tertii. Beide Schranken hat das Bürgerliche Gesetzbuch fallen gelassen. Es genügt jede formlose Willenserklärung. Eine solche ist immer mit der Annahme des Geschenkes verbunden, wenn der Sckenker eine Auflage bei der Schenkung gemacht hat. Andererseits lässt das B. G. B. die Verträge zu Gunsten Dritter schrankenlos zu [2]).

Auch für den Fall, dass nach Absicht der Parteien der Dritte selbst einen Anspruch auf Vollziehung haben soll, ist die Klage des Schenkers auf Leistung an den Dritten nicht ausgeschlossen. § 335 B. G. B. bestimmt in dieser Hinsicht: Der Versprechensempfänger kann, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragschliessenden anzunehmen ist, die Leistung an den Dritten auch dann fordern, wenn diesem das Recht auf die Leistung zusteht. Es wird also in der Regel das Recht des Schenkers, Vollziehung der Auflage zu verlangen, neben dem des Dritten bestehn.

Der Erfüllungsanspruch des Schenkers ist jedoch gemäss der Bestimmung des § 525 Abs. 1 B. G. B. an eine Voraussetzung geknüpt: Der Schenker kann

---

[1]) s. S. 11

[2]) s. §§ 328 ff.

die Vollziehung der Auflage nur verlangen, wenn er seinerseits geleistet hat. Nach dem Wortlaut des Paragraphen muss also der Schenker vorgeleistet haben, ehe er die Erfüllung der Auflage einklagen kann.

Abgesehn von dieser Voraussetzung hat der Schenker stets das Recht, die Erfüllung der Auflage einzuklagen, sofern nur diese Gegenstand einer giltigen Obligation sein kann. Gegenstand einer solchen, und damit auch einer Auflage, kann jede Leistung sein. Auch nach der Richtung hin enthält unser neues Recht eine Erweiterung, da die Grundsätze der Zwangsvollstreckung es ermöglichen, jeden Anspruch zur Vollziehung zu bringen, insbesondere auch den Anspruch auf ein Unterlassen [1]).

Gleichgültig ist dabei, ob die Auflage zu Gunsten des Beschenkten, des Schenkers oder eines Dritten gereicht. Im ersteren Falle ist allerdings zu prüfen, ob wirklich eine verbindliche Auflage, oder nur ein Rat, bezw. die Angabe der Veranlassung der Schenkung vorliegt [2]). Eine abweichende Ansicht vertritt Endemann [3]). Er leugnet allerdings nicht, dass der Schenker einen Erfüllungsanspruch habe, wenn die Auflage im Interesse des Schenkers selbst oder eines Dritten errichtet ist, spricht dagegen dem Schenker die Erfüllungsklage ab, wenn die Auflage das Interesse des Beschenkten selbst bezweckt. Eine solche Auflage sei überhaupt keine Auflageverpflichtung im wahren Sinne.

---

[1]) Ausgeschlossen ist der Zwang im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe, zur Herstellung des ehelichen Lebens und zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag. § 888 Abs. 2 C. P. O.

[2]) Planck S. 289 zu § 525 N. 2; Oertmann S. 246,3b; Motive II. S. 300.

[3]) s. S. 743 Anm. 22.

II. Der Rückforderungsanspruch.

§ 9.

Das B. G. B. gewährt in § 527 dem Schenker auch ein Rückforderungsrecht im Falle der Nichtvollziehung der Auflage: Unterbleibt die Vollziehung der Auflage, so kann der Schenker die Herausgabe des Geschenkes unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen [1]). Dieses Rückforderungsrecht ist jedoch an eine doppelte Voraussetzung geknüpft.

Diese ist zunächst eine positive. Der Schenker darf das Rückforderungsrecht nach der Bestimmung des obigen Paragraphen nur ausüben, wenn die besonderen Voraussetzungen des Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen gegeben sind. Zwar ist die Aufnahme derselben Grundsätze, die bei gegenseitigen Verträgen gelten, nicht unbedenklich. Denn es ist bereits darauf hingewiesen worden [2]), dass das Verhältnis von Schenkung und Auflage ein ganz anderes ist, als das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen.

Bedenken gegen die Aufnahme dieser Bestimmungen sind auch bei den Beratungen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B. erhoben worden. Man hat namentlich darauf hingewiesen,

[1]) s. Motive S. 301: Der Entwurf I. enthält keine Vorschriften darüber, ob und inwieweit dem Schenker ein Rückforderungsrecht für den Fall zusteht, wenn die Auflage vom Beschenkten nicht erfüllt wird.

[2]) s. oben S. 23 Abs. 2 fg.

dass das hier vorliegende Rechtsgeschäft wesentlich anderen wirtschaftlichen Zwecken diene, als die gegenseitigen Verträge, bei denen es sich vorzugsweise um Verkehrsgeschäfte handele. Solche erheischten allerdings strenge Bestimmungen hinsichtlich des Rücktrittsrechtes. Dagegen liege bei der Schenkung ein Bedürfnis für solche Bestimmungen nicht vor [1]).

Wir haben aber hier mit einer zum Gesetz erhobenen Bestimmung zu rechnen, wenn auch dieser Standpunkt das Wesen des Rechtsgeschäfts verkennt.

Auf Grundlage der Voraussetzungen des Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen kommen in dieser Hinsicht die Bestimmungen der §§ 325 und 326 zur Anwendung. Es sind drei Fälle zu unterscheiden:

Zunächst der Fall des § 325 Abs. 1. Dieser gewährt für den Fall, dass bei einem gegenseitigen Vertrage die dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, dem andern Teil das Rücktrittsrecht. Auf den hier vorliegenden Fall angewendet, kann also der Schenker das Rückforderungsrecht ausüben, wenn die Vollziehung der Auflage durch die Schuld des Beschenkten unmöglich wird. Diese Unmöglichkeit kann sich auf die Erfüllung der ganzen Auflage beziehen, kann aber auch nur eine teilweise sein. Kann im letzteren Falle der Schenker nachweisen, dass die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse mehr hat, so ist der Rückforderungsanspruch so zu behandeln, als wenn die Auflage nicht vollzogen worden wäre: (§ 325 Abs. 1 Satz 2.) In wie weit der Beschenkte verpflichtet ist, die Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage zu vertreten, bemisst sich nach allgemeinen Grundsätzen, weil spezielle Be-

---

[1]) s. Protokolle II. S. 33.

stimmungen fehlen. Es greifen infolge dessen die Bestimmungen der §§ 276 ff. ein. Der Beschenkte hat also mangels entgegengesetzter Vereinbarung Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276). Bedient er sich zur Erfüllung seiner Verpflichtung anderer Personen, oder handelt sein gesetzlicher Vertreter für ihn, so fällt ihm ein Verschulden dieser Personen in gleicher Weise zur Last, wie eigenes (§ 278).

Den zweiten Fall des Rückforderungsrechts enthält § 325 Abs. 2. Hierin wird auf § 283 verwiesen. Ist der eine Teil zur Bewirkung der aus einem gegenseitigen Vertrage geschuldeten Leistung rechtskräftig verurteilt worden, so kann der andere Teil ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Es muss also hier der Schenker gegen den Beschenkten auf Vollziehung der Auflage geklagt haben. Ergeht auf die Klage des Schenkers ein verurteilendes Erkenntnis, und ist dieses rechtskräftig geworden, so kann der Schenker dem Beschenkten eine angemessene Frist mit der Erklärung setzen, dass er die Vollziehung der Auflage nach Ablauf der Frist ablehne. Ist letztere verstrichen, ohne dass der Beschenkte die Auflage erfüllt hat, so ist der Schenker berechtigt, statt der Erfüllung der Auflage, das „Geschenk“ in dem unten näher zu entwickelnden Umfange zurückzuverlangen. Ist die Auflage innerhalb der gesetzten Frist nur teilweise vollzogen worden, so kann der Schenker den Anspruch im Ganzen geltend machen, wenn er nachweist, dass die Vollziehung des rückständigen Teiles der Auflage für ihn kein Interesse mehr habe.

Einen weiten Fall für das Rückforderungsrecht des Schenkers enthält § 326. Dieser Paragraph gewährt das Rücktrittsrecht bei einem gegenseitigen Ver-

trage für den Fall, dass der eine Vertragsteil mit der ihm obliegenden Leistung in Verzug kommt und die Leistung nicht bewirkt, trotzdem ihm unter Androhung der Ablehnung einer späteren Annahme eine Frist zur Leistung gesetzt wurde. Damit also der Schenker den Rückforderungsanspruch geltend machen kann, muss zunächst der Beschenkte mit der Erfüllung der Auflage im Verzug sein. Weiterhin muss der Schenker dem Beschenkten eine angemessene Frist mit der Erklärung setzen, er verzichte nach dem Ablauf derselben auf die Vollziehung der Auflage. Unterlässt trotzdem der Beschenkte bis zum Ablaufe der Frist die Vollziehung der Auflage, so liegen die Voraussetzungen des Rückforderungsanspruches vor. Das Rückforderungsrecht ist im Falle des Verzuges des Beschenkten aber auch schon ohne Nachfrist gegeben, wenn die verspätete Vollziehung der Auflage für den Schenker kein Interesse mehr hat, und der Schenker diesen Nachweis zu erbringen im Stande ist (§ 326 Abs. 2). Bei teilweiser Vollziehung der Auflage gilt das vorher Gesagte (§ 326 Abs. 1 Satz 3).

Neben dieser positiven Voraussetzung ist das Rückforderungsrecht des § 527 noch weiterhin an eine negative geknüpft. § 527 Abs. 2 bestimmt: „Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter berechtigt ist, die Vollziehung der Auflage zu verlangen". Ein Recht des Dritten auf Vollziehung der Auflage wird man wohl annehmen dürfen, wenn die Auflage in seinem Interesse errichtet ist (§ 330 Satz 2). Massgebend ist allerdings vornehmlich die Absicht und der Wille des Schenkers, sodass der Dritte keinen selbstständigen Anspruch auf Vollziehung der Auflage erwirbt, wenn dies dem Willen des Schenkers zuwiderläuft [1]). Dies

[1]) s. Endemann S. 743 Anm. 22; Crome S. 356 Anm. 15; Müller und Meikel § 102 Abs. 4.

ist auch der Standpunkt der Motive [1]). „Der Dritte wird nur berechtigt, von dem Beschenkten die Leistung zu fordern, sofern in concreto sich ergiebt, dass diese Berechtigung des Dritten gewollt ist". Hat nach dem Gesagten der Dritte einen eigenen Anspruch auf Erfüllung, so ist nach der Bestimmung des § 527 Abs. 2 das Rückforderungsrecht des Schenkers bei Nichterfüllung der Auflage ausdrücklich ausgeschlossen [2]) [3]).

Der Gesetzgeber will offenbar das Anwendungsgebiet dieses Paragraphen auf den Fall beschränken, dass die Auflage durch die Schuld des Beschenkten nicht vollzogen wird. Dies ergiebt sich aus den für die Anwendung des § 527 gestellten Voraussetzungen. Es gelten, wie oben [4]) bemerkt, die für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen. Ein sämtlichen Voraussetzungen dieser Art gemeinsames Merkmal ist immer das, dass an sich die Leistung möglich oder schuldhafter Weise unmöglich ist.

Wie wir im Vorhergehenden gesehn haben, hat der Schenker im Falle einer vom Beschenkten zu ver-

[1]) II. S. 300

[2]) vergl. zu dem oben Entwickelten: Cosack S. 496; Zitelmann S. 136; Endemann S. 742, Anm. 21; Oertmann S. 248,1ab; Schollmeyer S. 32, Mitte; Planck S. 290 zu § 527, N. 2; Meisner, Anm. zu § 527; Müller und Meikel S. 278; Förtsch S. 133 fg.

[3]) Diese Bestimmung ist jedoch, wie überhaupt die ganze Bestimmung des § 527, nur nachgiebiger Natur. Die Parteien können also auch etwas Gegenteiliges vereinbaren. Derjenige von den beiden Vertragsteilen, der eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel des § 527 B. G. B. im einzelnen Falle behauptet, ist naturgemäss beweispflichtig. vergl. Crome S. 537 Mitte; Planck S. 291 zu § 527 N. 4; Cosack S. 494 zu g.

[4]) s. S. 40 Abs. 2.

tretenden Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage ein Rückforderungsrecht. Es ist nun ferner zu untersuchen, welche Rechte dem Schenker bei einer vom Beschenkten nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage zustehn.

Zur Beantwortung dieser Frage fehlen jegliche Spezialbestimmungen. Desshalb ist zu prüfen, in wieweit die allgemeinen Grundsätze hier Platz greifen.

Auch bei der Untersuchung dieser Frage empfiehlt es sich, wie im römischen Rechte [1]), zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit zu scheiden.

Bezüglich der anfänglichen Unmöglichkeit sind die Meinungen geteilt.

Lammfromm [2]) kommt infolge der von ihm entwickelten Auffassung von Schenkung und Auflage als eines Tauschvertrages im weiteren Sinne [3]) zu einem von Oertmann [4]) [5]) als unhaltbar bezeichneten Ergebnisse. Er stützt sich auf die Bestimmung des § 306: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig" und begründet seine Ansicht folgendermassen: Da die Schenkung unter Auflage zweifellos kein einseitiges Rechtsgeschäft, sondern ein Vertrag, auch nicht eine Verbindung mehrerer Verträge, sondern ein Vertrag sei, gerichtet auf eine Leistung, und da ferner das B. G. B. Nichtigkeit ohne Beschränkung bestimme, so müsse man Nichtigkeit des ganzen Geschäftes annehmen und dem Schenker in diesem Falle eine condictio auf den ganzen Gegenstand der Gabe geben [6]).

---

[1]) s. oben S. 15 ff.

[2]) s. S. 166 ff.

[3]) s. S. 166 Z. 1.

[4]) S. 246 N. 5.

[5]) vergl. auch Crome S. 535 Anm. 12.

[6]) Er verkennt allerdings nicht, dass es dem Geiste des B. G. B.

Crome [1] [2] wiederlegt diese Auffassung mit folgenden Gründen: § 306 führe allerdings Nichtigkeit der Auflage herbei; damit sei aber noch lange nicht gesagt, dass nunmehr auch die ganze Schenkung zusammenfiele. Vielmehr greife hier die Bestimmung des § 139 ein. Im Zweifel sei allerdings infolge der Nichtigkeit der Auflage die ganze Zuwendung nichtig; andererseits dürfe der Beschenkte das Geschenk behalten, wenn das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde, also auch ohne Auflage geschenkt worden wäre.

Auch ich halte diese Ansicht und die von Crome angeführte Begründung für richtig. Es ist also auch hier, wie im römischen Recht [3], der Wille des Schenkers massgebend. Ist der nichtige Teil des Rechtsgeschäftes, also in diesem Falle die Auflage, für ihn zur Abschliessung desselben bestimmend gewesen, so hat er das Rückforderungsrecht [4], andernfalls ist es ihm versagt.

Anders verhält sich dagegen der Fall bei nachträglicher, unverschuldeter Unmöglichkeit [5]. Hier wird ganz allgemein die Meinung vertreten, dass in solchem Falle der Beschenkte von der Erfüllung der Auflage befreit wird und das ganze Geschenk behalten darf [6].

---

insofern nicht angepasst sei, weil selbiges bei der Schenkung unter Auflage prinzipiell die causa donationis bevorzuge.

[1] s. S. 535 ff.

[2] vergl. auch Oertmann S. 246, N. 5.

[3] s. oben S. 16 fg.

[4] Wusste der Schenker, dass die Erfüllung der Auflage unmöglich war, so ist ihm unter allen Umständen das Rückforderungsrecht versagt. s. § 815 B. G. B.

[5] Wegen der unsittlichen Auflage vergl. Oertmann S. 246 N. 5 Abs. 2.

[6] vergl. Crome S. 555; Schollmeyer S. 33, Anm. 2; Ende-

Ueber den Grund des Ausschlusses der condictio ist man jedoch nicht einig.

Lammfromm [1]) sieht den Grund dafür in dem sich aus § 527 in Verbindung mit §§ 325 ff. ergebenden argumentum e contrario.

Andere [2]) folgern den Grund des Ausschlusses des Rückforderungsrechts aus § 323. Dieser Paragraph handelt von der Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen, wonach der eine Vertragsteil den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, wenn die dem andern Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich wird. Die Heranziehung dieses Paragraphen ist jedoch nicht richtig. Es liegt hier, wie ich das Weitere oben [3]) ausgeführt habe, kein gegenseitiger Vertrag vor. Wenn auch das Rückforderungsrecht aus § 527 nur unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen stattfindenden Voraussetzungen gegeben ist, so folgt daraus selbstverständlich noch lange nicht, dass bei Schenkung unter Auflage ein gegenseitiger Vertrag ist [4]). Somit ist die Anwendung von § 323 nicht zulässig.

Man hat vielmehr den Grund des Ausschlusses [5]) in der Bestimmung des § 275 Abs. 1 zu suchen: Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der

---

mann S. 742, Anm. 21; Cosack S. 497 zu f.; Meisner Anm. zu § 527; Lammfromm S. 166 vor N. 1; Fischer-Henle Anm. zu § 527; Philler S. 130 Abs. 1.

[1]) s. S. 166.

[2]) Schollmeyer S. 33 Anm. 2; Meisner Anm. zu § 527; Fischer-Henle Anm. zu § 527.

[3]) s. S. 23 Abs. 3 fg.

[4]) vergl. Crome S. 535; Endemann S. 742 Anm. 21; Cosack S. 495 zu a.

[5]) vergl. Crome S. 535.

Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird [1].

Führt der Dritte, zu dessen Gunsten die Auflage gemacht worden ist, die Unmöglichkeit derselben herbei, so ist, wie im römischen Rechte [2], die Auflage als erfüllt anzusehen [3]. Dies gilt insbesondere auch für den Fall, wenn der Schenker selbst die Unmöglichkeit der Auflage zu vertreten hat. Denn, wenn schon allgemein im Falle der zufälligen Unmöglichkeit ein Rückforderungsrecht für den Schenker nach dem vorher Gesagten nicht begründet ist, um viel eher ist ihm das Rückforderungsrecht in diesem Falle versagt! Zudem greift auch, wenn der Schenker die Auflage wider Treu und Glauben verhindert hat, die Bestimmung des § 815 ein [4].

Hinsichtlich der Voraussetzungen des Rückforderungsrechtes besteht eine grosse Verwandtschaft mit dem römischen Rechte; eine grosse Verschiedenheit ergiebt sich jedoch hinsichtlich des Umfanges desselben. Während im römischen Rechte die ganze durch das Geschenk erlangte Bereicherung herausgefordert werden kann, lässt die Bestimmung des § 527 Abs. 1 die Rückforderung nur in soweit zu, als „das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen".

Oertmann [5] bezeichnet den Sinn dieser Bestimmung als „nicht unzweifelhaft". Er wirft die Frage auf: Kommt es darauf an, dass die geschenkten Gegenstände selbst oder dass ihr Wert zur Vollziehung

[1] vergl. auch Philler S. 130 Abs. 1.

[2] s. oben S. 17 Abs. 3.

[3] vergl. dazu § 162; ferner die analoge Bestimmung im Erbrecht. § 2076.

[4] vergl. Oertmann S. 248 N. 1b.

[5] s. S. 248,2.

der Auflage hätte verwendet werden sollen? Er giebt selbst der zweiten Annahme den Vorzug, indem er die erste als „sinnwidrig und formalistisch“ bezeichnet. Dabei weist er auch darauf hin, dass auch sprachliche Bedenken gegen die erste Annahme erhoben werden könnten, indem es dann korrekt hätte heissen müssen, „als der geschenkte Gegenstand“.

Auch ich bin der Auffassung, dass es nicht darauf ankommt, dass gerade der geschenkte Gegenstand verwendet werden muss; die von Oertmann vorgenommene Verweisung auf die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung trifft vollständig zu. Dabei kommt es auch nicht darauf an, dass gerade der geleistete Gegenstand die Bereicherung ausmacht, sondern bei Wegfall des geleisteten Gegenstandes treten die Surrogate an dessen Stelle [1]).

Es können Fälle eintreten, wo der Beschenkte ausnahmsweise mehr zur Erfüllung der Auflage aufzuwenden hat, als der Wert der Schenkung selbst beträgt [2]). Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann bei Nichterfüllung der Auflage immer nur soviel gefordert werden, als aus dem Geschenke zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Hierbei, sowie in dem Falle, dass der Wert der Auflage dem der Schenkung gleich kommt, decken sich die Ansprüche des römischen Rechts mit denen des B. G. B. In allen andern Fällen aber — und das wird naturgemäss die Regel sein — wird der Beschenkte weniger herauszugeben haben, als der Wert des ihm schenkungsweise Zugewendeten betragen hat. Denn nur in den seltensten Fällen wird der Schenker, der doch dem Beschenkten eine Liberalität erweisen will, die Schenkung

[1]) vergl. § 818 Abs. 1. s. das Nähere unten S. 54 Abs. 2 fg.
[2]) vergl. Oertmann S. 246 N. 4.

in der Weise mit einer Auflage belasten, dass dem Beschenkten durch deren Erfüllung kein Vorteil mehr von der Schenkung verbleibt.

Diese gesetzliche Bestimmung, das Rückforderungsrecht auf den Wert der Auflage zu beschränken, ist jedoch nicht für alle Fälle zu billigen. Diese Ansicht vertreten auch die Motive [1]: Positive Vorschriften der einen oder anderen Art hätten in vielen Fällen unausbleiblich unpassende und sachwidrige Ergebnisse zur Folge, und seien auch im Interesse der Rechtssicherheit nicht erforderlich.

Auch in der Literatur hat man die Vorschrift des Gesetzgebers als mit dem praktischen Leben oft unvereinbar nicht allenthalben gebilligt. Schollmeyer [2] z. B. ist der Ansicht, der Gesetzgeber habe mit der Einschränkung des Rückforderungsrechtes auf den Wert der Auflage „ein nicht zu billigendes Prinzip aufgestellt". Einerseits werde, führt er aus, mit der Einschränkung der condictio auf den Betrag des Modus dem Schenker gewissermassen „Gewalt angethan". Man müsse doch wenigstens dem Schenker die condictio ob causam datorum für den Fall gewähren, wenn er nachweisen könne, dass die Erfüllung der Auflage für ihn die Hauptsache, die Bereicherung des Beschenkten die Nebensache gewesen sei. Andererseits verliere durch diese positive Gesetzesvorschrift die donatio sub modo den Charakter der Einheitlichkeit. „Es scheine fast, es handele sich jetzt bei der donatio sub modo um zwei Verträge, eine reine Schenkung, durch den gehörig erklärten Consens geschlossen, und einen Innominatkontrakt do, ut facias" [3].

Die Bedenken, die Schollmeyer hegt, sind nicht

[1] II. S. 301 fg.
[2] S. 32.
[3] s. ebenda S. 33.

zu verkennen. Der Gesetzgeber ging aber davon aus, dass mit der hier fraglichen Bestimmung dem Schenker weiter nichts gegeben werden solle, als ein Mittel, den mit der Auflage beabsichtigten Zweck zu erreichen und zwar mit den zu dessen Verwirklichung ausgeworfenen Mitteln [1]).

Wir haben es jedoch mit der Beurteilung eines verbindlich gewordenen Gesetzes zu thun, nicht mehr mit Erwägungen de lege ferenda, so begründet solche auch sein mögen.

Zufolge dieser Bestimmung besteht das Rückforderungsrecht des Schenkers nur in den Fällen, wo die in der Auflage enthaltene Leistung seitens des Beschenkten eine pecuniäre Aufwendung bedingt. Dagegen kann nach der Bestimmung dieses Paragraphen der Schenker überhaupt keinen Anspruch geltend machen, wenn die Erfüllung der Auflage eine solche nicht erfordert.

Am ungünstigten ist der Schenker nach dem Wortlaut des Paragraphen dann gestellt, wenn der Inhalt der Auflage derart auf ein Unterlassen geht, dass durch die Zuwiderhandlung die Erfüllung derselben unmöglich ist. Z. B. um das von Schollmeyer angeführte Beispiel zu gebrauchen: „Jemand schenkt 10000 Mark mit der Auflage, dass der Beschenkte die Anzeige eines von einem nahen Verwandten des Schenkers begangenen Diebstahls unterlasse“ [2]). Trotz der Zuwiderhandlung gegen den Willen des Schenkers kann der Beschenkte die ganze Zuwendung behalten. Es liegt auf der Hand, dass hierbei der Druck, dem Willen des Schenkers gerecht zu werden, ein sehr geringer ist. Ist doch bei der starren Anwendung des § 527 der Schenker in solchen Fällen in Zukunft völlig

[1]) s. Protokolle S. 32 fg.

[2]) s. Schollmeyer S. 34.

rechtlos und willkürlich den Launen des Beschenkten preisgebend. Die condictio kann er nicht anstellen, weil die Auflage eine Aufwendung aus dem Vermögen des Beschenkten nicht erfordert, die Erfüllungsklage nicht, weil die Obligation untergegangen ist.

Darin liegt eine so auffallende Erscheinung, dass man wohl schwerlich annehmen kann, es sei dies die Absicht des Gesetzgebers gewesen. Deshalb kommt Planck zu folgender Auslegung:

Derselbe nimmt eine Ausnahme für den Fall an, dass der Schenker nachweisen könne, dass gerade die Vollziehung der Auflage der mit der Schenkung bezwekte Erfolg war, und giebt ihm in diesem Falle eine Rückforderungsklage auf das Ganze [1]).

Dieser Ansicht muss man meines Erachtens beipflichten. Denn, wenn auch das Gesetz, wie oben ausgeführt, seinem Wortlaute nach allgemein ausspricht, dass das Rückforderungsrecht dem Schenker nur in soweit gegeben ist, als der Wert der Auflage reicht, und damit das Prinzip [2]) aufgestellt hat, die Schenkung sei die Hauptsache und die Auflage die Nebensache, so kann dies doch nicht für die Fälle gelten, in denen die Auflage für den Schenker bestimmend für das ganze Rechtsgeschäft gewesen ist. Dies ergiebt sich daraus, dass die Vorschrift des § 527 dispositiven Charakters ist [3]).

Unter Umständen kann nach Planck [4]) in der schuldhaften Nichterfüllung der Auflage auch ein Undank zu finden sein, und die Schenkung vom Gesichtspunkte des „groben Undanks" aus widerrufen werden.

[1]) s. a. a. O. S. 291 zu Anm. d. § 527,4; vergl. auch Crome S. 237 und Oertmann S. 248,3.

[2]) Plank S. 290 Anm. zu § 527,1; Lammfromm S. 167 unten.

[3]) vergl. Planck S. 291 Anm. zu § 527,4; Crome S. 537 Mitte; Cosack S. 494 zu g.

[4]) s. ebenda.

Lammfromm [1]) widerspricht dem unter Verweisung auf § 530, indem er die Ansicht aufstellt, der Gesetzgeber habe dies ausdrücklich abgelehnt.

Eine solche ausdrückliche Ablehnung enthält § 530 durchaus nicht.

Ich bin der Auffassung, dass weder die Ansicht von Planck noch von Lammfromm einwurfsfrei ist, und man vielmehr eine mittlere Meinung anzunehmen habe.

Wie ich bereits im ersten Teile der Abhandlung dargelegt habe [2]), genügt nicht eine blos schuldhafte Nichterfüllung der Auflage, um die Voraussetzungen des Widerrufs wegen Undanks zu geben. Es muss sich vielmehr um eine an Frivolität grenzende Nichterfüllung handeln, in der eine Missachtung der Person des Schenkers zu finden ist. Denn nur dann lässt sich von einer schweren Verfehlung gegen den Schenker im Sinne des § 530 sprechen. Insbesondere wird dies z. B. anzunehmen sein, wenn die Auflage darin bestand, dem Schenker den Unterhalt zu reichen, und der letztere in Not gerät. Hat doch der Gesetzgeber auch schon unter einem andern Gesichtspunkte im Falle der „Bedürftigkeit" dem Schenker das Recht gegeben, die Herausgabe des Geschenks zu verlangen, ohne dass die Reichung des Unterhalts Inhalt einer Auflage war. s. § 528. — Der Unterschied des Herausgabeanspruches nach § 528 und des aus § 530 wegen groben Undanks bei Nichtreichung von aufgelegten Alimenten ist der, dass im letzteren Falle der Beschenkte nicht, wie nach § 528, die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrages abwenden kann, sondern stets das Geschenk selbst

---

[1]) s. S. 166 Abs. 2.

[2]) s. oben S. 28 Abs. 3.

oder die Surrogate herauszugeben hat (s. § 531 Abs. 2), sobald einmal der Widerruf der Schenkung durch Erklärung gegenüber dem Beschenkten erfolgt ist. (§ 531 Abs. 1).

Der Anspruch auf Herausgabe des zur Vollziehung der Auflage aus der Schenkung zu Verwendenden (nach Massgabe des § 527) unterscheidet sich nach zwei Richtungen hin von dem Herausgabeanspruch im Falle des Widerrufs wegen groben Undanks. Einerseits, was den Umfang anlangt, indem nach § 530 die ganze Schenkung herauszugeben ist, nach § 527 nur soweit, als der Wert der Auflage beträgt. Andererseits hinsichtlich der Vererblichkeit. Der Rückforderungsanspruch nach § 527 ist stets vererblich; der wegen Undanks dagegen nur dann, wenn der Beschenkte vorsätzlich und widerrechtlich den Schenker getötet oder am Widerruf gehindert hat; oder aber, wenn der Schenker selbst bereits von seinem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht hat. (vergl. §§ 530 Abs. 2, 532 Satz 2, 531 Abs. 2.)

Für den Rückforderungsanspruch des Schenkers gelten die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Wenn auch das B. G. B. gemäss § 527 den Umfang des Herausgabeanspruchs gemindert hat, so ist für den Anspruch auf Rückgewähr des nicht verwendeten Teiles der Schenkung doch der Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung massgebend geblieben. Dadurch wird, wie Endemann sagt, bestätigt, dass es sich bei der Auflage um eine datio ob rem, genauer, um eine condictio causa data causa non secuta handelt, deren Inhalt allerdings auf den Wert der Auflage beschränkt wird [1]). Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezoge-

[1]) s. Endemann S. 742 Anm. 21.

nen Nutzungen, sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt (§ 818 Abs. 1). Es gelten mithin dieselben Regeln, wie im römischen Recht. Auch in der Hinsicht hat das B. G. B. die Vorschriften des römischen Rechtes [1]) beibehalten, dass nur die Bereicherung herauszugeben und damit die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ausgeschlossen ist, wenn der Beschenkte nicht mehr bereichert ist. Massgebend für die Festlegung der Bereicherung ist auch hier, wie im römischen Recht [2]), die Zeit der Rechtshängigkeit. (vergl. § 818 Abs. 3 und 4.)

§ 10.

Anhang.

Die Regel bei der Schenkung wird sein, dass der Schenker vorgeleistet hat, ehe der Modus zu erfüllen ist. Da das angenommene Schenkungsversprechen aber bereits eine giltige Obligation schafft und diese einen Vermögenswert hat, so ist es auch nicht ausgeschlossen, dass in Ausnahmefällen der Modus zu vollziehen ist, bevor die versprochene Leistung von dem Schenker zu bewirken ist. Unterbleibt in diesem Falle die Vollziehung der Auflage, so hat der Schenker naturgemäss gegenüber der Klage des Beschenkten auf Vollziehung der Schenkung in den Fällen, in denen ihm bei der bereits vollzogenen Schenkung die

[1]) s. oben S. 27 Abs. 1.

[2]) s. ebenda

condictio ob causam datorum zustände, eine exceptio doli, die auf eine Zurückbehaltung der versprochenen Leistung hinausläuft. Es findet hier der Satz Anwendung: dolo facit, qui petit, quod redditurus est [1] [2]. Aehnliche Regeln müssen wir auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs annehmen. Zwar bestimmt § 525, dass eine Vorleistung des Schenkers stattfinden müsse. Dieses Erfordernis wird von den Rechtsgelehrten [3] dahin ausgelegt, dass unter allen Umständen ein Anspruch des Schenkers erst dann begründet sei, wenn er seinerseits geleistet habe.

Ich meine jedoch, dass es hier ebenso zu halten ist, wie im römischen Recht. Es kann auch die entgegenstehende Vereinbarung getroffen werden. In diesem Falle ist auch heute noch der Schenker berechtigt, der Klage des Beschenkten auf Erfüllung eines bindenden Schenkungsversprechens — gerichtliche oder notarielle Beurkundung in Gemässheit der Bestimmungen des § 518 vorausgesetzt — ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 entgegenzusetzen.

Diese Möglichkeit ergiebt sich daraus, dass die Bestimmungen über die Schenkung unter Auflage nachgiebiges Recht enthalten [4].

---

[1] l. 8 pr. D. de dol. mal. 44,4.

[2] Es bedarf keiner näheren Ausführung, dass der Schenknehmer die Auflage nicht zu vollziehen braucht, bevor der Schenker die fällige Schenkung bewirkt hat. In einem solchen Falle ist die Auflageleistung noch nicht fällig, und es kann nicht von einem Unterbleiben der Leistung die Rede sein.

[3] Zitelmann S. 135. 2ba 1; Oertmann S. 245,2a; Planck S. 289. Anm. zu § 525,2; Philler S. 130; Barre S. 158; Müller und Meikel S. 272; Förtsch S. 133.

[4] s. dazu Cosack S. 497 zu g.

Fehler - Verzeichniss.

S. 3 2. Zeile von unten, statt Schenkuugen: Schenkungen.

S. 10 Anm. 6 statt S. 20: S. 23 Abs. 2 fg.

S. 23 2. Zeile von unten, statt unterliegen: unterlägen.

S. 26 9. Zeile von unten, statt Beschenkes: Geschenkes.

S. 28 2. Zeile von oben, statt donationes: donationis.

S. 30 5. Zeile von oben, statt Oberlandesgerichtentscheidung: Oberlandesgerichtsentscheidung.

S. 33 6. Zeile von unten, statt vindicatis: vindicatio.

S. 47 14. u. 15. Zeile von oben, statt das Weitere: des Weitern.

S. 52 2. Zeile von oben, statt preisgebend: preisgegeben.